

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires

Jacquemin, Hervé

Published in:
Responsabilités et numérique

Publication date:
2018

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2018, Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires: état des lieux et perspectives. Dans *Responsabilités et numérique*. Jeune barreau de Namur, Anthemis, Limal, p. 63-99.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires

État des lieux et perspectives

Hervé JACQUEMIN

Chargé de cours à l'Université de Namur

(Centre de recherche Information Droit et Société – CRIDS, membre du NADI)

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. À la recherche d'un débiteur responsable pour la victime d'actes illicites. Dans l'environnement numérique, sur l'Internet en général ou à travers certaines plates-formes accessibles en ligne, les activités et contenus illicites sont malheureusement fréquents : propos diffamatoires, racistes ou discriminatoires diffusés sur un réseau social, vente de biens contrefaits sur des plates-formes de commerce électronique (des sites de seconde main, par exemple), échange de contenus – musique, films, logiciels – protégés par des droits de propriété intellectuelle sur des sites *peer-to-peer*, pratiques de cyberharcèlement commises à l'égard de mineurs par courriel, WhatsApp, Instagram, Snapchat ou tout autre application de communication, etc.

Pour la victime, la démarche logique consiste à s'adresser à l'auteur de ces actes illicites. Encore faut-il identifier celui-ci, espérer qu'il puisse être utilement poursuivi en justice et, à supposer qu'il soit finalement condamné par une juridiction compétente, que sa solvabilité soit suffisante pour garantir une réparation intégrale du préjudice subi. En pratique, rien n'est moins sûr : de nombreux internautes se présentent de manière anonyme, sont établis à l'étranger où une action en justice se révélera hasardeuse, et en tout cas coûteuse, ou sont de toute façon insolvable (des mineurs, par exemple).

Aussi la tentation est-elle grande – et, du reste, parfaitement compréhensible – de se tourner vers un prestataire intermédiaire facilement identifiable – et généralement solvable –, disposant d'un établissement en Belgique, voire sur le territoire européen, et dont les activités rendent possible, à des degrés divers, la commission de l'acte illicite.

2. Des intermédiaires techniques aux plates-formes. À la fin des années nonante, lors des premières années de l'Internet, ces intermédiaires jouent principalement un rôle de nature technique : ils transportent les données à travers les réseaux de communications électroniques, fournissent un

accès à l'Internet aux utilisateurs et aux entreprises qui agissent en ligne, ou offrent des espaces de stockage sur leurs serveurs, pour l'hébergement des sites Internet, ou de certaines bases de données.

À cette époque, les services offerts en ligne restaient relativement limités ; par ailleurs, et sauf exception, l'attitude des internautes demeurait généralement passive, en ce sens qu'ils n'étaient pas les producteurs des contenus ou les vendeurs des biens proposés sur les places de marché électroniques.

Progressivement, avec le Web 2.0, les services offerts en ligne se sont multipliés et diversifiés, et de nouveaux acteurs ont occupé le marché¹. Parallèlement, les internautes ont joué un rôle différent, plus actif, dans la diffusion et la création des contenus (sur YouTube ou Facebook, par exemple), ou en vendant des biens sur l'Internet (sur eBay, par exemple, ou toute autre plate-forme de l'économie collaborative).

Désormais, on parle volontiers de « plates-formes », au nombre desquelles figurent notamment les géants du net – les GAFA : Google, Apple, Facebook et Amazon –, qui ont compris l'intérêt d'offrir aux utilisateurs du numérique une structure digitale à travers laquelle ceux-ci pourront se rencontrer pour échanger à des fins personnelles ou professionnelles, y compris pour exercer des activités économiques.

Les services disponibles aujourd'hui dans l'environnement numérique ont profondément changé par rapport à ceux qui existaient lors des débuts de l'Internet « grand public », il y a bientôt 25 ans. Pourtant, les règles applicables sont globalement restées inchangées. La jurisprudence – spécialement au niveau européen – a dès lors été amenée à interpréter celles-ci à l'aune des nouveaux services fournis.

3. Directive sur le commerce électronique, transposée dans le Code de droit économique. La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique² règle la responsabilité des prestataires intermédiaires, en instaurant un régime d'exonération (totale ou partielle) pour trois catégories d'activités : le simple transport, la forme de stockage dite « *caching* » et l'hébergement³. Elle introduit également le principe d'une absence d'obligation générale de surveillance à charge des intermédiaires, couplée à une obligation de collaboration avec les autorités publiques compétentes⁴.

¹ Sur ce phénomène, voy. P. TRUDEL, « La régulation du web 2.0 », in *Les nouveaux services de l'Internet face au droit. Regards croisés sur le web 2.0*, Actes du colloque du 10 octobre 2008, R.D.T.I., 2008/32, pp. 283 et s.

² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après, « directive sur le commerce électronique »), J.O., L 178 du 17 juillet 2000.

³ Art. 12 à 14 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

⁴ Art. 15 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

La directive a été transposée fidèlement en droit belge par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁵. Dans le cadre de la promulgation du Code de droit économique, cette loi a été abrogée et ses dispositions ont été intégrées, à droit constant, dans le titre 1^{er} du livre XII du Code de droit économique⁶ (art. XII.17 à XII.20 C.D.E.).

L'application pratique de ces textes a suscité de nombreuses questions. La jurisprudence a répondu à certaines d'entre elles, de manière plus ou moins satisfaisante. Aussi ferons-nous la part belle à la présentation des principales décisions rendues dans le domaine, spécialement par la Cour de justice de l'Union européenne.

4. Objectifs du cadre normatif. Comme l'indique le considérant n° 41 de la directive, celle-ci « instaure un équilibre entre les différents intérêts en jeu et établit des principes qui peuvent servir de base aux normes et aux accords adoptés par les entreprises ». Il s'agissait également de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, des divergences ayant été constatées, dans la jurisprudence des États membres, concernant la responsabilité des prestataires intermédiaires⁷. Le risque existait donc de voir se développer des démarches de *forum shopping* dans le chef de prestataires préférant les lieux d'établissement où le cadre juridique est le moins contraignant.

À l'époque d'adoption de la directive, on craignait que ces prestataires – pourtant indispensables au fonctionnement de l'Internet, se retirent du marché ou mettent en place des mécanismes de censure préventive, pour éviter de voir leur responsabilité engagée trop facilement. Ils constituaient en effet les débiteurs vers lesquels les victimes avaient tendance à se tourner pour faire cesser les actes illicites et obtenir l'indemnisation de leur préjudice. La démarche se

⁵ Sur cette loi (et, par voie de conséquence, les dispositions correspondantes du livre XII du C.D.E.) et sur la jurisprudence, voy. not. C. DE PRETER, « Nieuwe aansprakelijkheidsregels voor dienstverleners », in *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, la Charte, 2003, pp. 211 et s.; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », in J.-L. FAGNART, *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, dossier 26ter, 2004, pp. 15 et s.; E. MONTERO, « Le domaine de l'Internet : réflexions autour de quelques affaires emblématiques », in *Droit de la responsabilité civile. Domaines choisis*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 185 et s.; P. GUNST et P. VAN EECHE, « Aansprakelijkheid van dienstverleners », in *Recht en elektronische handel*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 360 et s.; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Commerce électronique et contrats de l'informatique », in *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information*, R.D.T.I., 2012/48-49, pp. 22 et s.; Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet : une application délicate », in *Les réseaux sociaux et le droit*, coll. Conférence du Jeune Barreau, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 125 et s.; J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, « Contrats de l'informatique et commerce électronique », in *Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information* (2012-2014), R.D.T.I., 2015/59-60, pp. 28 et s.; F. JONGEN et A. STROWEL (avec la coll. de E. CRUYSMANS), *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 781 et s.; B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : Retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-Commerce », in Fl. PETILLON (coord.), *Handhaving van intellectuele rechten in België/Respect des droits intellectuels en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 57 et s.

⁶ Les définitions figurent dans le livre I du C.D.E. et les sanctions dans le livre XV du C.D.E.

⁷ Voy. le considérant n° 40 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

comprend : sous réserve de ce qui sera dit par la suite (*infra*, n° 23), ils sont particulièrement bien placés pour identifier les auteurs d'actes illicites et mettre fin à ceux-ci (par exemple en rendant l'accès à certains contenus impossible). Parallèlement, une exonération de responsabilité est instaurée au profit des prestataires intermédiaires. Elle ne vise toutefois que certaines de leurs activités et est conditionnée au respect de plusieurs exigences, outre qu'une obligation de collaboration peut leur être imposée, dans des circonstances spécifiques.

5. Réformes en cours au niveau européen. Dans le cadre de sa *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*⁸, la Commission européenne a lancé en 2015-2016 une consultation publique sur le thème des plates-formes, des contenus illicites et de la responsabilité des prestataires intermédiaires, des données et du *cloud* et de l'économie collaborative. Les réponses ont notamment montré que les concepts-clés des règles en matière de responsabilité des prestataires intermédiaires devraient être clarifiés (notamment les catégories d'activités visées par l'exonération) et même si, pour certains, le cadre est globalement satisfaisant, d'autres demandent des modifications avec notamment l'instauration d'un régime différencié en fonction du contenu illicite (notamment en ce qui concerne les procédures de *notice and take down*)⁹.

Dans la foulée, la Commission a publié une Communication sur les plates-formes en ligne et le marché unique numérique¹⁰, où elle souligne le rôle crucial joué par celles-ci pour l'innovation et la croissance, tout en pointant de grands principes à promouvoir dans le cadre de leur développement¹¹.

Les discussions se sont poursuivies et, au cours des derniers mois, la stratégie a été mise en œuvre, avec les publications suivantes notamment :

- la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, « Lutter contre le contenu illicite en ligne. Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne », COM (2017) 555 final ;

⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Conseil économique et social européen et au Comité des Régions, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM (2015) 192 final, 12 mai 2015.

⁹ Voy. sur ce point le *Synopsis Report on the public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries and the collaborative economy*, disponible sur <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and>.

¹⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe », COM (2016) 288 final, 25 mai 2016.

¹¹ Il s'agit de garantir des conditions de concurrence équitables pour les services numériques comparables, de faire en sorte que les plates-formes en ligne aient une attitude responsable, de susciter la confiance, promouvoir la transparence et garantir l'impartialité et de conserver des marchés ouverts et non discriminatoires pour promouvoir une économie fondée sur les données.

- la Recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, C (2018) 1177 final ;
- la Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on promoting fairness and transparency for business users or online intermediation services, COM (2018) 238 final.

Aussi peut-on s'attendre à une évolution des règles en la matière à brève échéance.

6. Structure et limites de la présente contribution. Après avoir précisé le champ d'application des règles relatives à l'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires, figurant aux articles XII.17 à XII.20 du Code de droit économique (section 1), on examinera la portée de celles-ci et les conditions à respecter, le cas échéant, pour en bénéficier (section 2). On se penchera enfin sur les injonctions susceptibles d'être prononcées à l'égard de ces intermédiaires (section 3), et sur l'obligation de collaboration qui leur incombe (section 4).

L'analyse se veut générale : d'autres contributions du présent ouvrage portent plus spécifiquement sur les règles à observer dans le domaine de la propriété intellectuelle, des droits fondamentaux ou du droit à l'oubli. Nous y renvoyons pour davantage de détails dans ces matières.

Section 1

Domaine d'application du régime d'exonération de responsabilité

7. Trois catégories d'activités visées par le régime d'exonération. On enseigne traditionnellement que c'est la nature des activités des prestataires, et pas leur qualité envisagée de manière générale, qui conditionne l'application du régime d'exonération de responsabilité des articles XII.17 et suivants du Code de droit économique.

Nous examinerons les conditions communes aux trois activités – existence d'un « service de la société de l'information » et condition de neutralité (sous-section 1) – avant de nous pencher sur celles qui sont propres à chacune d'elles (sous-section 2).

Sous-section 1

Régime commun à tous les services

8. Service de la société de l'information. Le « service de la société de l'information » est défini à l'article I.18, 1^o, du C.D.E. comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électro-

nique et à la demande individuelle d'un destinataire du service». Dans la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, que cette disposition transpose en droit belge, il est fait référence à la directive 98/34/CE¹², depuis lors abrogée et remplacée par la directive (UE) 2015/1535¹³.

Il doit d'abord s'agir d'un *service* au sens de l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁴ (ci-après, TFUE). Aussi doit-il être de nature économique, même s'il n'est pas requis que la rémunération soit payée par son destinataire¹⁵.

La précision est importante, spécialement dans le contexte des services en ligne : on sait en effet que nombre d'entre eux sont fournis sans le paiement d'un prix par le destinataire. Dans ce cas, le prestataire tire par exemple sa rémunération des recettes publicitaires générées par la fréquentation de son site et/ou par l'exploitation des données à caractère personnel communiquées par les personnes concernées. Dans l'arrêt *Papasavvas* du 11 septembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé que la notion « englobe des services fournissant des informations en ligne pour lesquels le prestataire est rémunéré non pas par le destinataire, mais par des revenus générés par des publicités diffusées sur un site Internet »¹⁶. Cette analyse est reprise dans l'arrêt *Mc Fadden*, où la Cour décide que la mise à disposition, par un prestataire, d'un Wifi public et gratuit peut constituer un service de la société de l'information « lorsqu'elle est réalisée à des fins publicitaires pour des biens vendus ou des services fournis par ce prestataire »¹⁷.

Par ailleurs, le service de la société de l'information est indépendant de la conclusion d'un contrat ; peuvent en effet constituer des services de la société de l'information les techniques de e-marketing ou, plus globalement, les communications commerciales, ainsi que les obligations d'information imposées au

stade précontractuel ou celles qui incombent aux personnes concernées indépendamment de l'existence d'un contrat. Dans ce dernier cas, on songe, comme en l'espèce, à l'obligation de réparer le dommage en lien de causalité avec une faute consistant, par exemple, en une atteinte à l'honneur ou à la réputation voire à une violation de la vie privée. On note par ailleurs que la qualité des destinataires de services importe peu : ils peuvent agir à des fins professionnelles ou privées (relations B2B ou B2C).

Pour être qualifié de « service de la société de l'information », le service doit également être fourni à distance et par voie électronique¹⁸. La condition de la fourniture à distance requiert que les parties ne soient pas simultanément en présence physique l'une de l'autre. Quant à la fourniture par voie électronique, elle désigne le recours aux technologies de l'information et de la communication. Par application du principe de neutralité technologique, le moyen de communication utilisé est sans importance : on vise l'Internet et le courrier électronique (en ce compris les SMS), fournis au moyen d'un appareil fixe (ordinateur traditionnel) ou mobile (*smartphones*, tablettes, etc.).

Sans surprise, la Cour de justice a par exemple jugé que le service de référencement payant *adwords* de Google¹⁹ ou les services d'une place de marché en ligne comme eBay, consistant à mettre en relation des vendeurs et des acheteurs d'un produit²⁰, constituaient des services de la société de l'information au sens de la directive sur le commerce électronique.

9. Quid des services mixtes suite aux arrêts Uber de la Cour de justice (transport et service de la société de l'information) ? La Cour de justice a été saisie, sur question préjudicielle, de plusieurs litiges concernant Uber²¹. Par souci de clarté, nous faisons uniquement référence à l'arrêt du 20 décembre 2017²².

¹² Voy. l'article 2, a), de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, renvoyant à l'article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, J.O., L 204 du 21 juillet 1998, telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, J.O., L 217 du 5 août 1998.

¹³ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, J.O., L 241 du 17 septembre 2015.

¹⁴ En ce sens, C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, § 29 ; C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 37.

¹⁵ Voy. aussi le considérant n° 18 de la directive sur le commerce électronique : « les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données ».

¹⁶ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, § 30.

¹⁷ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 43.

¹⁸ Au sens de l'article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34/CE (et, par voie de conséquence, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, qui renvoie à celle-ci), l'expression « à distance » désigne « un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes » et l'expression « par voie électronique » vise « un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ».

¹⁹ C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. jointes *Google France* et *Google*, C-236/08 à C-238/08, § 110.

²⁰ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, § 109.

²¹ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15 ; C.J.U.E., 10 avril 2018, *Uber France*, C-320/16. Voy. aussi C.J.U.E., 27 octobre 2016, *Uber Belgium BVBA*, C-526/15 : dans cette ordonnance, la Cour juge la demande de question préjudicielle manifestement irrecevable, en l'absence de description suffisamment détaillée de l'activité en cause.

²² Dans l'arrêt du 10 avril 2018 (§§ 18-23), la Cour rappelle en effet l'analyse réalisée dans l'arrêt du 20 décembre 2017, avant de décider que « cette conclusion vaut, pour les mêmes raisons, s'agissant du service d'intermédiation en cause au principal, dès lors qu'il ressort des informations dont dispose la Cour que ce service ne se distingue pas substantiellement de celui qui est décrit au point 21 du présent arrêt, ce qu'il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier » (§ 24). Aucune obligation de notification préalable à la Commission, conformément à la directive 98/34/CE, n'est donc requise pour la réglementation en cause.

À proprement parler, ils ne concernaient pas l'application des dispositions de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique en matière de responsabilité des prestataires intermédiaires : il s'agissait d'appliquer le principe du pays d'origine visé à l'article 3, § 1 ; l'interdiction corrélative, pour les États membres, pour des questions relevant du domaine coordonné, de « restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre »²³, ainsi que les dérogations permises²⁴. Dans ce contexte, la Cour devait déterminer si un service mixte comme celui d'Uber pouvait être considéré comme un « service de la société de l'information », auquel ces exigences devraient être appliquées. La réponse peut donc avoir une incidence sur la mise en œuvre du régime de responsabilité (dont l'application est également déterminée par référence à cette notion).

Les questions préjudicielles portaient également sur l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et la directive 2006/123/CE sur les services²⁵.

Conformément à la législation applicable, la fourniture de services de taxi urbain est en effet subordonnée à une autorisation préalable délivrée par les autorités compétentes. Comme le résume la Cour dans son arrêt du 20 décembre 2017, « par ses première et deuxième questions, qu'il convient de traiter ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 56 TFUE, lu conjointement avec l'article 58, paragraphe 1, TFUE, ainsi que l'article 2, paragraphe 2, sous d), de la directive 2006/123 et l'article 1^{er}, point 2, de la directive 98/34, auquel renvoie l'article 2, sous a), de la directive 2000/31, doivent être interprétés en ce sens qu'un service d'intermédiation, tel que celui en cause au principal, qui a pour objet, au moyen d'une application pour téléphone intelligent, de mettre en relation, contre rémunération, des chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule avec des personnes qui souhaitent effectuer un déplacement urbain, doit être qualifié de « service dans le domaine des transports », au sens de l'article 58, paragraphe 1, TFUE, et, partant, exclu du champ d'application de l'article 56 TFUE, de la directive 2006/123 et de la directive 2000/31, ou, au contraire, si ce service relève de l'article 56 TFUE, de la directive 2006/123 ainsi que de la directive 2000/31 »²⁶. L'application de ces derniers textes permettraient en effet de conclure que l'autorisation préalable prescrite par la législation espagnole est contraire à la libre prestation de services et à l'interdiction de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information.

En décomposant les éléments constituant le service offert par Uber, on peut distinguer un service de la société de l'information (le service d'intermédiation

consistant à mettre en relation le passager et le chauffeur non-professionnel au moyen de l'application de son *smartphone*) et le service de transport en tant que tel. Pour ce dernier, la Cour constate qu'Uber offre ce service de transport urbain et organise son fonctionnement général²⁷. Aussi la Cour conclut-elle qu'il s'agit d'un « service global dont l'élément principal est un service de transport »²⁸, ce qui exclut l'application de la directive 2000/31/CE à ce service d'intermédiation²⁹, ainsi que la directive 2006/123/CE³⁰ et l'article 56 du TFUE³¹.

La question de la compatibilité de la législation espagnole imposant des conditions d'accès pour la fourniture du service de transport aux principes de libre prestation établis par ces textes ne se pose donc pas, puisqu'ils ne sont pas applicables audit service.

Il paraît logique de considérer que le service fourni par l'application mobile d'Uber aux utilisateurs (passagers et chauffeurs non-professionnels) n'est pas soumis aux exigences d'information prescrites par les articles 5 et suivants de la directive sur le commerce électronique, ou à l'exonération de responsabilité établie aux articles 12 et suivants.

Cette conséquence ne nous paraît pas conforme à la *ratio legis* de la directive sur le commerce électronique : l'objectif est en effet de compléter le cadre normatif applicable par ailleurs, en ajoutant une couche de règles justifiées par les risques spécifiques posés par le recours aux technologies de l'information et de la communication. Or, à suivre la Cour de justice, il faudrait exclure l'application de ces règles dès l'instant où le service de la société de l'information constitue une composante du service pris dans sa globalité, et qu'il ne s'agit pas de l'élément principal (cet élément principal étant le service de transport, dans l'arrêt *Uber*, soumis par ailleurs à un autre cadre normatif). On peut comprendre l'analyse de la Cour pour l'application des principes tenant à la libre circulation. Mais il nous paraît regrettable que les effets collatéraux de cette qualification exclusive – la non-application des autres dispositions de la directive sur le commerce électronique – n'aient pas été pris en compte.

²⁷ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, §§ 37 et s. On retient en particulier le § 39 : « il ressort des informations dont la Cour dispose que le service d'intermédiation d'Uber repose sur la sélection de chauffeurs non professionnels utilisant leur propre véhicule auxquels cette société fournit une application sans laquelle, d'une part, ces chauffeurs ne seraient pas amenés à fournir des services de transport et, d'autre part, les personnes désireuses d'effectuer un déplacement urbain n'auraient pas recours aux services desdits chauffeurs. De surcroît, Uber exerce une influence décisive sur les conditions de la prestation de tels chauffeurs. Sur ce dernier point, il apparaît notamment qu'Uber établit, au moyen de l'application éponyme, à tout le moins le prix maximum de la course, que cette société collecte ce prix auprès du client avant d'en reverser une partie au chauffeur non professionnel du véhicule, et qu'elle exerce un certain contrôle sur la qualité des véhicules et de leurs chauffeurs ainsi que sur le comportement de ces derniers, pouvant entraîner, le cas échéant, leur exclusion ».

²⁸ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, § 40.

²⁹ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, § 42.

³⁰ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, § 43.

³¹ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, § 44.

²³ Art. 3, § 2, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

²⁴ Art. 3, § 4, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique.

²⁵ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, J.O., L 376 du 27 décembre 2006.

²⁶ C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, § 3.

On peut d'ailleurs s'interroger sur l'application de l'analyse de la Cour de justice dans cet arrêt *Uber* aux autres activités de l'économie collaborative (plates-formes de location de logements, de ventes de biens de seconde main, de *crowdfunding*, etc.).

Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Uber* du 20 décembre 2017, l'avocat général apporte des éléments de réponse, qui peuvent être pertinents pour certaines de ces hypothèses. Il écrit en effet que « bien évidemment, des similitudes existent, par exemple du fait des mécanismes de réservation ou d'achat directement sur la plate-forme, des facilités de paiement ou encore des systèmes d'évaluation. Ce sont des services offerts par la plate-forme à ses utilisateurs. Cependant, contrairement à la situation des chauffeurs d'Uber, tant les hôtels que les compagnies aériennes sont des entreprises dont le fonctionnement est totalement indépendant de toute plate-forme intermédiaire et pour lesquelles de telles plates-formes ne constituent qu'un moyen parmi d'autres de commercialiser leurs services. Ce sont elles aussi, et non pas les plates-formes de réservation, qui déterminent les conditions de prestation de leurs services, à commencer par les prix. Ces entreprises fonctionnent aussi selon les réglementations propres à leur secteur d'activité, de sorte que les plates-formes de réservation n'exercent pas de contrôle préalable d'accès à l'activité comme le fait Uber concernant ses chauffeurs. Enfin, les utilisateurs ont, sur une telle plate-forme de réservation, un véritable choix entre plusieurs prestataires dont les offres diffèrent sur plusieurs facteurs importants de leur point de vue, comme les standards du vol ou du logement, les horaires des avions, l'emplacement de l'hôtel, etc. En revanche, chez Uber, ces facteurs sont standardisés et déterminés par la plate-forme, de sorte que, en règle générale, le passager acceptera la prestation du chauffeur le plus rapidement disponible. Uber n'est donc pas un simple intermédiaire entre des chauffeurs prêts à proposer occasionnellement un service de transport et des passagers à la recherche d'un tel service. Tout au contraire, Uber est un véritable organisateur et opérateur de services de transport urbain dans les villes dans lesquelles il est présent. S'il est vrai, comme l'affirme Uber dans ses observations dans la présente affaire, que son concept est innovant, cette innovation relève cependant du domaine du transport urbain »³².

Cette distinction pourrait donner lieu à des difficultés d'interprétation dans certains cas. Il eût été préférable, selon nous, de considérer qu'il s'agit d'un service de la société de l'information et de poursuivre le raisonnement, en analysant si l'hypothèse entre dans le domaine coordonné et si l'entrave à la libre circulation est justifiée. C'est d'ailleurs l'exercice auquel s'est prêté l'avocat général dans ses conclusions précédant l'arrêt du 20 décembre 2017³³.

10. « Prestataire intermédiaire » : le critère de neutralité consacré par la Cour de justice. Conformément au considérant n° 42 de la direc-

³² Conclusions de l'avocat général M. Maciej SZPUNAR, présentées le 11 mai 2017, C-434/15, §§ 58-61.

³³ Conclusions de l'avocat général M. Maciej SZPUNAR, présentées le 11 mai 2017, C-434/15, §§ 74 et s.

tive 2000/31/CE sur le commerce électronique, « les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées ».

La première phrase de ce considérant semble viser uniquement l'activité de simple transport, telle que régie, en droit belge, par l'article XII.17 du Code de droit économique. Dans ce contexte, la seconde phrase du considérant se comprend sans difficulté : il s'agit effectivement d'une activité ayant un caractère purement technique, automatique et passif, dans le cadre de laquelle le prestataire n'a ni la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées. Pour ce type d'activité, la Cour de justice a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler l'exigence du caractère purement technique, automatique et passif³⁴.

La Cour de justice de l'Union européenne va toutefois se fonder sur ce considérant dans d'autres hypothèses que l'activité de simple transport : elle s'y réfère en effet au moment d'apprécier l'application du régime d'exonération de responsabilité aux activités d'hébergement³⁵. Dans les affaires *Google* (2010) et *L'Oréal* (2011), confirmées par la jurisprudence ultérieure, elle décide que l'application de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique (art. XII.19 du C.D.E.) n'est pas uniquement subordonnée au critère du stockage des informations : encore faut-il que « le comportement [du] prestataire se limite à celui d'un "prestataire intermédiaire" au sens voulu par le législateur dans le cadre de la section 4 de cette directive »³⁶. Faisant référence au considérant n° 42, elle ajoute que les dérogations en matière de responsabilité ne valent que lorsque l'activité du prestataire « revêt un caractère "purement technique, automatique et passif", impliquant que ledit prestataire "n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées" »³⁷. Ce n'est donc que lorsque « le pres-

³⁴ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, §§ 48-49, où la Cour insiste sur le fait que « la fourniture d'un accès à un réseau de communication ne doit pas outrepasser le cadre d'un tel procédé technique, automatique et passif assurant l'exécution de la transmission d'information requise ».

³⁵ Critiquant ce raisonnement, voy. S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », *R.D.T.I.*, 2011/45, pp. 182 et s.; B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : Retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-Commerce », *op. cit.*, pp. 77 et s. Se fondant également sur le considérant n° 42 pour apprécier le régime de responsabilité de l'hébergeur, voy. aussi Cass., 3 février 2004, *R.D.T.I.*, 2004/19, p. 51, note F. DE PATOUL et I. VERECKEN.

³⁶ C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. jointes *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, § 112.

³⁷ C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. jointes *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, § 113; C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, § 110; C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, § 41.

tataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées qu'il peut être qualifié de « prestataire intermédiaire » et bénéficier de l'exonération de responsabilité (pour autant que les conditions soient, le cas échéant, satisfaites, *infra*, n° 12). La Cour confirme sa jurisprudence dans l'affaire *Mc Fadden*, où elle voit un point commun entre les services des FAI et des hébergeurs, qui « n'ont ni la connaissance, ni le contrôle des informations [...] transmises ou stockées »³⁸.

Il appartient évidemment aux juridictions nationales d'apprécier, dans les cas d'espèce qui leur sont soumis, si le critère est satisfait ou pas.

La Cour de justice donne cependant des exemples de circonstances permettant de conclure, ou pas, que le critère de neutralité est satisfait³⁹.

Ainsi, ne constituent pas des éléments suffisants :

- le caractère payant du service pour le destinataire (le service de rémunération de Google par exemple) ou l'existence d'une rémunération au bénéfice du prestataire (eBay étant rémunéré pour les transactions effectuées sur la place de marché) ;
- la fourniture de renseignements d'ordre général au client ;
- la fixation, par le prestataire, des modalités de son service ;
- dans l'hypothèse du service de référencement payant, « la concordance entre le mot-clé sélectionné et le terme de recherche introduit par un internaute », cet élément ne permettant pas « en soi de considérer que Google a une connaissance ou un contrôle des données introduites dans son système par les annonceurs et mises en mémoire sur son serveur »⁴⁰.

Constitue par contre un élément pertinent, à l'aune duquel la juridiction nationale devrait priver le prestataire du bénéfice de l'exonération de responsabilité, l'assistance qui serait fournie par ce dernier au client. La Cour mentionne ainsi « le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots-clés »⁴¹. Dans le litige opposant Google à Copiepresse, la Cour d'appel de Bruxelles avait d'ailleurs jugé que, pour le service « Google News », le prestataire n'était pas un intermédiaire passif dans la mesure où les informations ne sont pas seulement stockées, mais font également l'objet d'une sélection, d'un classement suivant une méthode spécifique, avec la mise en avant de certains articles, leur reproduction et dans certains cas, leur modification⁴².

³⁸ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 61.

³⁹ C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. jointes *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, §§ 115-118 ; C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, §§ 114-116. Voy. aussi C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, §§ 42-44.

⁴⁰ C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. jointes *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, § 117.

⁴¹ C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. jointes *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, § 117.

⁴² Bruxelles, 5 mai 2011, R.D.T.I., 2011/44, p. 35, note A. DE FRANCKEN, *Ann. Prat. Marché*, 2011, p. 896, I.R.D.I., 2011, p. 265, note F. PETILLON.

Comme le notent des auteurs, ces arrêts *Google* et *L'Oréal* de la Cour de justice « ne font rien d'autre que rappeler la philosophie générale des articles 12 à 14 de la Directive e-Commerce : si l'intermédiaire est ou devient actif par rapport au contenu fourni par le tiers, il pose un fait propre ou un acte personnel et ne peut plus bénéficier des limitations de responsabilités prévues aux articles 12 à 14 »⁴³.

De même, ne constitue pas un prestataire intermédiaire l'éditeur de presse publiant la version électronique du journal sur les pages de son site Internet : en effet, il a « en principe, connaissance des informations qu'[il] publie et exerce un contrôle sur celles-ci »⁴⁴. Peu importe, par ailleurs, que l'accès au site soit gratuit ou payant⁴⁵.

S'agissant de la distinction entre l'éditeur et l'hébergeur, une référence doit également être faite à l'arrêt *Delfi* rendu le 16 juin 2015 par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁶. *Delfi* est un site Internet qui publie des actualités. C'est l'un des plus grands portails d'Estonie au moment de l'affaire. Les internautes ont également la possibilité de commenter les articles. Il y avait en moyenne 10 000 commentaires par jour. À la suite d'un article publié le 24 janvier 2006 et intitulé « SLK brise une route de glace en formation », des commentaires insultants et menaçants sont publiés à l'encontre de L., l'actionnaire unique de l'entreprise de navigation maritime SLK. Ses avocats s'adressent à *Delfi* le 9 mars pour demander le retrait de ces commentaires et celle-ci s'exécute le jour même. Des dommages-intérêts d'un montant de 32 000 euros sont également demandés, pour dommage moral. Dans le cadre de la procédure devant les juridictions estoniennes, la Cour d'État a confirmé la décision de la Cour d'appel qui considérait que *Delfi* ne pouvait pas bénéficier du régime d'exonération de responsabilité au titre d'hébergeur dans la mesure où ses activités de publication des commentaires ne revêtaient pas un caractère purement technique, automatique et passif. L'analyse de la juridiction estonienne mérite, à cet égard, d'être reprise. Elle juge en effet que « l'objectif de [*Delfi*] n'est pas seulement la prestation d'un service intermédiaire. Elle a intégré la zone de commentaires dans son portail d'actualités, invitant les visiteurs du site à enrichir les actualités de leurs propres jugements [...] et opinions (commentaires). Le nombre de visites que [le portail] reçoit dépend du nombre de commentaires ; les revenus tirés des publicités qui y sont publiées dépendent eux-mêmes du [nombre de visites]. Ainsi, la publication de commentaires représente pour [*Delfi*] un intérêt économique. Le fait qu'elle ne les rédige pas elle-même ne signifie pas qu'elle n'ait pas de contrôle sur la zone de commentaires. Elle fixe les règles auxquelles cette zone est soumise

⁴³ B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : Retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-Commerce », *op. cit.*, p. 79.

⁴⁴ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, § 45.

⁴⁵ C.J.U.E., 11 septembre 2014, *Papasavvas*, C-291/13, § 45.

⁴⁶ Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, n° 64569/09.

et la modifie (en retirant certains commentaires) si ces règles sont enfreintes». La Cour européenne des droits de l'homme cite les dispositions de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, au titre des normes pertinentes, ainsi que la jurisprudence rendue en la matière (notamment les arrêts *Google* et *L'Oréal*). Elle ne revient toutefois pas sur l'interprétation à donner à ces règles dans sa motivation en droit, lorsqu'elle décide que le fait que Delfi ait été jugée responsable des commentaires publiés sur le portail ne constitue pas une violation de son droit à la liberté d'expression tel que consacré par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle reprend toutefois les termes de l'arrêt de la Cour d'État, suivant lesquels les propos litigieux ne sont pas tenus par la plate-forme en tant que telle mais par les internautes, et qui ajoute que «l'exploitant du portail n'est donc pas la personne à qui l'information est révélée. Néanmoins, en raison de l'intérêt économique que représente pour eux la publication de commentaires, aussi bien l'éditeur de publications imprimées que l'exploitant d'un portail Internet sont les pubicuteurs/révélateurs de ces commentaires en qualité de professionnels»⁴⁷. La Cour de Strasbourg insiste d'ailleurs sur le fait que le portail est exploité à titre professionnel et à des fins commerciales. Ces considérations fondaient l'exclusion du bénéfice du régime d'exonération de responsabilité. La Cour distingue d'ailleurs ce cas d'espèce «d'autres types de forums sur Internet susceptibles de publier des commentaires provenant d'internautes, par exemple les forums de discussion ou les sites de diffusion électronique, où les internautes peuvent exposer librement leurs idées sur n'importe quel sujet sans que la discussion ne soit canalisée par des interventions du responsable du forum, ou encore les plates-formes de médias sociaux où le fournisseur de la plate-forme ne produit aucun contenu et où le fournisseur de contenu peut être un particulier administrant un site ou un blog dans le cadre de ses loisirs»⁴⁸.

L'analyse de la Cour d'État d'Estonie nous paraît intéressante. On peut toutefois se demander s'il ne faudrait pas l'étendre à d'autres types de plates-formes et si ce critère de neutralité technologique reste adapté aux services fournis dans le contexte du Web 2.0, eu égard au modèle économique qui les sous-tend (et que l'on ne peut comparer à l'hébergement classique 1.0, par exemple). Comme le note un auteur à propos des réseaux sociaux, «peut-on soutenir que l'analyse fine des profils des membres et de l'utilisation faite du réseau et des fonctionnalités et services toujours plus divers qu'il offre à ceux-ci répond au critère de neutralité technique à l'égard du contenu, mis en avant par la Cour de justice alors que c'est précisément sur la connaissance et l'utilisation du contenu que l'exploitant va, le cas échéant, fonder son modèle économique»⁴⁹.

⁴⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, § 112.

⁴⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, § 116.

⁴⁹ Th. LÉONARD, «Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet: une application délicate», *op. cit.*, pp. 142-143.

11. Quid des services mixtes dans le contexte du Web 2.0? Comme évoqué précédemment, les plates-formes actives dans l'environnement Web 2.0 ne se limitent pas à stocker les contenus des utilisateurs. Le cœur de leur service consiste en effet à offrir un espace de discussion et d'échanges (dont le stockage, pendant une durée plus ou moins longue, est l'accessoire nécessaire du service principal). Elles peuvent également offrir des services additionnels aux utilisateurs, par exemple pour les assister dans la rédaction des annonces d'offres en vente des produits.

Aussi la question se pose-t-elle de savoir si, en raison de cette assistance, elles doivent être purement et simplement exclues du bénéfice du régime d'exonération (pour toutes leurs activités), comme l'ont décidé certaines juridictions françaises ou, au contraire, s'il faut privilégier une application distributive des règles: plus précisément, les prestataires pourraient bénéficier de l'exonération pour les services de stockage soumis à l'article XII.20 du Code de droit économique, et tout en étant exclu de celle-ci (le droit commun de la responsabilité étant dès lors applicable directement) pour d'autres activités. C'est en ce sens que s'est prononcé le Tribunal de commerce de Bruxelles, dans une décision du 31 juillet 2008, approuvée par la doctrine belge⁵⁰: «cette méthode, qui consiste à analyser le rôle technique précisément joué par l'intermédiaire vis-à-vis de chaque information prise séparément plutôt que de chercher à catégoriser globalement son site Internet est bien plus conforme à la lettre des textes et à l'analyse de la Commission européenne qui a rappelé, dans son rapport publié en 2003, que la notion de stockage n'était pas réservée à des catégories d'opérateurs ou à des types d'information.»⁵¹

Cette approche fonctionnelle doit être saluée.

Sous-section 2

Régime différencié pour chaque activité

12. Simple transport. L'activité de «simple transport» prévue à l'article XII.17 du C.D.E. consiste «à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication»⁵².

⁵⁰ E. MONTERO, «Sites de vente aux enchères et offres de vente illicites», *R.D.T.I.*, 2008/33, pp. 528 et s.

⁵¹ Comm. Bruxelles, 31 juillet 2008, *R.D.T.I.*, 2008/33, p. 521, note E. MONTERO, qui cite sur ce point S. PROUST, «Propos critiques à l'encontre de l'orientation actuelle de la jurisprudence face au développement du web 2.0», *R.L.D.I.*, 2007/30, p. 29. Voy. aussi Bruxelles, 2 juin 2009, inédit, R.G. n° A/08/02054, cité par E. MONTERO, «Le domaine de l'Internet – Réflexions autour de quelques affaires emblématiques», *op. cit.*, p. 209, n° 33.

⁵² Art. XII.17, al. 1^{er}, C.D.E. L'alinéa 2 de la disposition ajoute que «les activités de transmission et de fourniture d'accès visées à l'alinéa 1^{er} englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission».

Concrètement, il s'agit des *backbone providers*, qui gèrent les réseaux de communications – autrement dit, l'infrastructure – à travers lesquels les données sont transmises.

Les fournisseurs d'accès à l'Internet (FAI) sont également visés. Le cas échéant, il peut d'ailleurs s'agir de la mise à disposition d'un réseau de communication sans fil (WiFi) public et gratuit⁵³. L'hypothèse est de plus en plus fréquente, dans certains magasins ou restaurants, par exemple.

Sous réserve qu'il s'agisse d'un service de la société de l'information (*supra*, n° 8) et que l'exigence du caractère purement technique, automatique et passif de l'activité soit satisfaite (*supra*, n° 10), la Cour de justice a eu l'occasion de préciser qu'aucune autre condition ne devait être respectée par le prestataire pour bénéficier de l'exonération. En particulier, il ne faut pas nécessairement de relation contractuelle entre le prestataire et le destinataire du service, pas plus qu'il n'est requis du prestataire qu'il fasse la promotion du service par des moyens publicitaires⁵⁴.

Par contre, il va de soi que le fournisseur d'accès à Internet ne peut pas invoquer ce régime dans un litige avec l'un de ses clients, lorsque c'est l'exécution du service – et son coût – qui est contestée, sans aucun lien avec une responsabilité éventuelle pour les informations transmises⁵⁵.

13. Stockage sous forme de copie temporaire des données. L'activité de stockage sous forme de copie temporaire des données est régie à l'article XII.18 du C.D.E. Elle consiste à «transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service» et permet au prestataire d'échapper à toute responsabilité «au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service».

Il s'agit de stocker de manière temporaire les informations les plus demandées par les internautes sur des serveurs proxy, de sorte que les informations soient accessibles plus rapidement (et sans surcharger la bande passante du réseau à chaque requête).

Encore faut-il que la finalité de ce stockage temporaire soit liée à leur transmission ultérieure.

Tel n'était pas le cas du service de Google, en tant que moteur de recherche, dans le cadre du litige qui l'a opposé à Copiepresse devant la Cour d'appel de

⁵³ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14.

⁵⁴ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 50.

⁵⁵ J.P. Jodogne, 27 janvier 2006, D.A.O.R., 2007/82, p. 265: «en tout état de cause, l'article 18 de la loi invoquée par Belgacom ne peut trouver à s'appliquer *in casu* dans la mesure où ce n'est pas la responsabilité des informations transmises qui est en cause, mais uniquement l'exécution du service et son coût subséquent, dans lesquels Belgacom est partie intervenante et non un intermédiaire inerte et passif.»

Bruxelles⁵⁶. Celle-ci a en effet jugé qu'il «n'est nullement établi que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission. Google reconnaît que ce service a d'autres fonctions, notamment [celle] de permettre à l'internaute de consulter une (ancienne) page lorsque celle-ci n'est plus accessible». Dès lors, il s'agit d'avantage d'une copie d'archivage ou copie miroir⁵⁷, pour laquelle l'exonération de responsabilité prévue par l'article XII.18 du Code de droit économique n'est pas applicable.

14. Hébergement. L'hébergement est la troisième activité pour laquelle un prestataire de services de la société de l'information est susceptible de bénéficier d'une exonération de responsabilité, dans les conditions de l'article XII.19 du Code de droit économique.

Aux termes de cette disposition, elle consiste «à stocker des informations fournies par un destinataire du service».

Dans le contexte de l'adoption de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, on visait les prestataires techniques mettant des serveurs à la disposition des destinataires des services en vue d'héberger, matériellement, leurs données (l'hébergement d'un site Internet, par exemple).

Avec le Web 2.0 (réseaux sociaux, places de marché électroniques, sites de partages de contenus, etc.), la question s'est posée de savoir si l'hébergement couvrirait également une conservation «virtuelle» des contenus fournis par les tiers. La plate-forme stocke en effet les annonces de ventes de produits, les messages ou les *posts* publiés sur les réseaux sociaux, les contenus vidéos ou les photos échangés ou sur le site de partage, etc.

La Cour de justice a répondu, à bon droit, par l'affirmative. Dans l'arrêt *Google*, qui avait trait au service de référencement payant «*adwords*» du moteur de recherche, elle a ainsi décidé que «le prestataire d'un service de référencement transmet des informations du destinataire dudit service, à savoir l'annonceur, sur un réseau de communication ouvert aux internautes et stocke, c'est-à-dire met en mémoire sur son serveur, certaines données, telles que les mots-clés sélectionnés par l'annonceur, le lien promotionnel et le message commercial accompagnant celui-ci, ainsi que l'adresse du site de l'annonceur»⁵⁸. Il en va de même d'une place de marché en ligne comme eBay⁵⁹ ou du réseau social Netlog⁶⁰.

⁵⁶ Bruxelles, 5 mai 2011, R.D.T.I., 2011/44, p. 35, note A. DE FRANQUEN, *Ann. Prat. Marché*, 2011, p. 896, I.R.D.I., 2011, p. 265, note F. PETILLON.

⁵⁷ Bruxelles, 5 mai 2011, R.D.T.I., 2011/44, p. 35, note A. DE FRANQUEN, *Ann. Prat. Marché*, 2011, p. 896, I.R.D.I., 2011, p. 265, note F. PETILLON.

⁵⁸ C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. jointes *Google France et Google*, C-236/08 à C-238/08, § 111.

⁵⁹ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.*, C-324/09, § 110: «[I]l n'est pas contesté qu'eBay stocke, c'est-à-dire met en mémoire sur son serveur, des données fournies par ses clients. eBay effectue ce stockage chaque fois qu'un client ouvre un compte vendeur auprès d'elle et lui fournit les données de ses offres à la vente [...]»

⁶⁰ C.J.U.E., 16 février 2012, *Netlog*, C-360/10, § 27.

Cette analyse n'est pas toujours suivie par les juridictions de fond. Par arrêt du 25 novembre 2009, la Cour d'appel de Bruxelles tranche un litige entre la victime de propos tenus sur un forum de discussion et le gestionnaire dudit forum (le B.D.E.)⁶¹. Elle décide, à tort selon nous, que celui-ci n'est pas un prestataire de services de la société de l'information et qu'il n'est pas « l'hébergeur du site du B.D.E., cette prestation étant fournie par la s.à.r.l. de droit français SIVIT ». Ce faisant, la Cour applique un régime différencié à l'activité d'hébergement du site Internet (qui est assurément visée par l'article XII.19 du C.D.E.), et à l'activité du forum de discussion, consistant à stocker les messages des participants (et qui peut constituer aussi un service d'hébergement au sens de l'article XII.19 du C.D.E., contrairement à ce que juge la Cour d'appel).

On note encore que, contrairement à l'hébergement visé à l'époque d'adoption de la directive sur le commerce électronique, où il s'agissait généralement du seul service fourni par le prestataire, pour la plate-forme de l'époque du Web 2.0, le stockage n'est généralement qu'un élément accessoire : l'objectif principal est d'offrir un espace dématérialisé de rencontre et d'échanges entre les internautes (ou les utilisateurs d'applications mobiles), à travers lequel ils peuvent diffuser des contenus. Parallèlement, et comme on le verra, la plate-forme pourrait aussi offrir une assistance aux utilisateurs, par exemple en contribuant à l'édition de certains contenus. Dans cette hypothèse, il faudra établir si les plates-formes peuvent conserver le bénéfice de l'exonération de responsabilité (*supra*, n° 10).

Enfin, il est précisé au § 2 de l'article XII.19 du C.D.E. que « le paragraphe 1^{er} ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire ». Tel est par exemple le cas s'il s'agit d'un employé du prestataire.

Section 2

Portée du régime d'exonération de responsabilité et exigences à respecter, le cas échéant, pour en bénéficier

15. Portée de l'exonération de responsabilité. Dans le domaine d'application précisément circonscrit de trois catégories d'activités (*supra*, section 1), les exonérations de responsabilité concernent toutes les hypothèses dans lesquelles la responsabilité civile (contractuelle ou extra-contractuelle) et/ou la responsabilité pénale des prestataires intermédiaires pourraient être engagée.

Elles s'appliquent également de manière horizontale, peu importe la nature de l'activité illicite et les dispositions légales ou réglementaires violées. Lors de son adoption, c'est d'ailleurs ce qui a différencié la directive 2000/31/CE du Digi-

⁶¹ Bruxelles, 25 novembre 2009, R.D.T.I., 2010/38, p. 102, note J. FELD.

tal Millenium Copyright Act du 28 octobre 1998, qui limitait l'exonération aux atteintes au droit d'auteur. En droit de l'Union (et, par voie de conséquence, dans les États membres), peu importe que la méconnaissance porte sur une violation des règles en matière de propriété intellectuelle, de pratiques du marché, de protection des données, de non-discrimination, d'atteinte à l'honneur ou de diffamation, etc.

Si l'exonération de responsabilité ainsi conçue semble large, il faut rappeler que le prestataire qui perd le bénéfice de celle-ci ne devient pas, *ipso facto*, responsable. La victime devra en effet démontrer que la responsabilité du prestataire est engagée en établissant que les conditions d'application du régime mobilisé sont réunies⁶². Si l'article 1382 du Code civil est invoqué, la victime devra apporter la preuve que le prestataire a commis une faute (et donc, notamment, qu'il ne s'est pas comporté comme un prestataire normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances concrètes de fait), et que celle-ci est en lien de causalité avec le préjudice subi.

16. Exigences spécifiques à l'activité de simple transport. Trois conditions cumulatives doivent être respectées par le prestataire menant une activité de simple transport pour bénéficier de l'exonération de responsabilité visée à l'article XII.17, alinéa 1^{er}, du Code de droit économique : « 1° il n'est pas à l'origine de la transmission ; 2° il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission ; 3° il ne sélectionne, ni ne modifie, les informations faisant l'objet de la transmission ».

Concrètement, il doit donc rester dans un rôle de prestataire technique purement passif (ce qui est normalement le cas, eu égard à ses activités).

Si les trois conditions de l'article XII.17 du C.D.E. sont satisfaites, aucune indemnisation – en ce compris pour les frais de mise en demeure et de défense en justice – ne peut être demandée au prestataire, même si la connexion a été utilisée par un tiers pour violer les droits de propriété intellectuelle d'un ayant droit⁶³. Comme on le verra, une injonction peut être adressée au FAI pour qu'il mette fin à la violation des droits d'auteur ou qu'il la prévienne (*cf.* en ce sens l'art. 12, § 3, de la directive). Dans le cadre de cette procédure d'injonction, il est possible à la victime de demander le remboursement des frais de mise en demeure et de défense en justice⁶⁴.

⁶² E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », in *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahier du CRID n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 278 ; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001, p. 140, n° 24 ; Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet : une application délicate », *op. cit.*, pp. 128-129 ; B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, « 2017 : Retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-Commerce », *op. cit.*, pp. 63 et s.

⁶³ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 74.

⁶⁴ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 79.

On notera utilement que, contrairement aux régimes d'exonération pour le *caching* ou l'hébergement, la connaissance du caractère illicite de l'information ou l'absence de retrait prompt de celle-ci dès qu'il en a connaissance, ne privent pas le prestataire du bénéfice de l'exonération. Une question préjudicielle avait été posée, en ce sens, à la Cour de justice, pour savoir s'il fallait appliquer l'article 14, § 1^{er}, b), de la directive, par analogie, à l'article 12. La Cour a logiquement répondu par la négative, soulignant par ailleurs les traits distinctifs entre les deux catégories d'activités, ce qui justifie qu'un régime différencié leur soit appliqué⁶⁵. Le service d'hébergement s'inscrit en effet dans la durée, ce qui permet matériellement au prestataire de prendre connaissance du contenu illicite et, le cas échéant, de le retirer promptement. Ce n'est normalement pas le cas du FAI : «le service de transport des informations qu'il fournit ne se prolonge normalement pas dans le temps de telle sorte que, après avoir transmis des informations, il n'exerce plus aucun contrôle sur celles-ci. Dans ces conditions, le fournisseur d'accès à un réseau de communication, contrairement à l'hébergeur du site Internet, n'est, souvent, pas en mesure d'entreprendre, à un moment ultérieur, d'actions visant à retirer certaines informations ou à rendre impossible l'accès à ces dernières»⁶⁶.

Aucune autre exigence que celle figurant dans l'article 12 de la directive n'est par conséquent requise⁶⁷.

17. Exigences spécifiques à l'activité de stockage temporaire des données. S'agissant de l'activité de stockage temporaire des données, l'exonération de responsabilité est subordonnée au respect de cinq conditions cumulatives dans le chef du prestataire :

- « 1° le prestataire ne modifie pas l'information ;
- 2° le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;
- 3° le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisée par les entreprises ;
- 4° le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information ;
- 5° le prestataire agit promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une autorité administrative ou judiciaire a ordonné de retirer l'information ou de rendre l'accès à cette dernière impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue à l'article XII.19, § 3 »⁶⁸.

⁶⁵ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, §§ 62 et s.

⁶⁶ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 63.

⁶⁷ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, §§ 66 et s.

⁶⁸ Art. XII.18 C.D.E.

On peut regrouper ces exigences en trois catégories.

La première impose au prestataire de jouer un rôle passif, en ne modifiant pas l'information (1°).

Le deuxième groupe tient compte des spécificités de l'activité de stockage, concernant l'accès à l'information (2°), sa mise à jour (3°), ainsi que la possibilité de recourir à certaines technologies en vue de recueillir des données sur l'utilisation qui est faite de l'information (4°).

La dernière catégorie concerne le critère de la connaissance et l'obligation corrélatrice de retirer l'information (5°). On observe d'abord que, contrairement au régime applicable à l'hébergement (*infra*, n° 18), la connaissance effective ne porte que sur un *fait*, décliné en deux hypothèses : (i) l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou (ii) une autorité administrative ou judiciaire a ordonné de retirer l'information ou de rendre son accès impossible (même si elle n'a pas encore été retirée du réseau). Dès qu'il a une connaissance effective de ce fait, le prestataire doit retirer l'information litigieuse ou rendre l'accès à celle-ci impossible, conformément à la procédure visée à l'article XII.19, § 3. Nous reviendrons sur cette procédure, également applicable au prestataire d'hébergement (*infra*, n° 18).

18. Exigences spécifiques à l'activité d'hébergement. Lorsque l'activité d'un prestataire intermédiaire peut être qualifiée d'hébergement, il ne peut bénéficier de l'exonération de responsabilité pour les informations qu'il stocke que dans l'une ou l'autre des hypothèses visées par la loi.

Soit, et c'est le premier cas de figure, il n'a pas « une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, [il n'a pas] connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information ». Dans ce cas, il bénéficie de l'exonération de responsabilité. Une distinction est ainsi faite entre une action pénale (connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite) ou civile (connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite). On constate qu'en droit belge, aucune procédure spécifique (de type *notice and take down*) n'est légalement prévue, pour organiser la notification de l'illicéité par la victime, et encadrer le comportement attendu du prestataire dans cette hypothèse.

Soit, et c'est le second cas de figure, le prestataire a une telle connaissance et, pour conserver le bénéfice de l'exonération, il doit agir « promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible », dans le respect de la procédure visée à l'article XII.19, § 3, du Code de droit économique.

Cette procédure prévoit ce qui suit. D'une part, le prestataire doit communiquer sur le champ au procureur du Roi l'activité ou l'information illicite dont il a connaissance. Le magistrat est alors tenu de prendre les mesures utiles

conformément à l'article 39bis du Code d'instruction criminelle. D'autre part, il est expressément indiqué qu'«aussi longtemps que le procureur du Roi n'a pris aucune décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique, le prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations». Autrement dit, le prestataire ne peut pas supprimer les données avec effet définitif, pour permettre, le cas échéant, le retour au *statu quo ante*.

Dès l'adoption de la directive, le régime prévu par cette disposition a constitué une véritable bouteille à encre⁶⁹.

On s'est notamment interrogé sur l'acception des notions d'illicéité, de «connaissance effective» ou de retrait prompt des informations.

Dans l'affaire *L'Oréal*, la Cour de justice insiste sur le fait qu'on doit apprécier le comportement d'un opérateur économique diligent. Elle ajoute que les règles doivent conserver leur effet utile et, dans ce cadre, «elles visent toute situation dans laquelle le prestataire concerné prend connaissance, d'une façon ou d'une autre, de tels faits ou circonstances»⁷⁰. Cette connaissance peut ainsi résulter d'une démarche d'initiative effectuée par le prestataire ou d'une notification qui lui est faite en ce sens. La Cour précise ainsi que le prestataire ne perdra pas nécessairement le bénéfice de l'exonération de responsabilité dans ce cas, «étant donné que des notifications d'activités ou d'informations prétendument illicites peuvent se révéler insuffisamment précises et étayées»⁷¹. En règle générale, il faut examiner les informations transmises au prestataire et se demander si «un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité» dans cette hypothèse⁷².

Dans un litige opposant Lancôme à eBay, tranché par le Tribunal de commerce de Bruxelles, il a été jugé qu'«il ressort [...] des pièces déposées et notamment des correspondances entre parties que dès les premières interpellations de Lancôme, eBay y a répondu positivement [...]. Il n'est pas inutile de relever qu'à juste titre, tout en répondant avec diligence aux interpellations de Lancôme, eBay a déjà indiqué, à cette occasion, qu'en égard à sa responsabilité d'*Internet Service Provider*, elle ne pouvait se permettre de bloquer des contenus dénoncés comme illicites de manière automatique sans vérifier le bien-fondé des prétentions du plaignant. Il est légitime dans le chef d'eBay de vouloir effectuer ces

⁶⁹ Voy. not. les réflexions de E. MONTERO et H. JACQUEMIN, «La responsabilité civile des médias», in J.-L. FAGNART, *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, dossier 26ter, 2004, pp. 24 et s., de Th. LÉONARD, «Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet: une application délicate», *op. cit.*, pp. 130 et s. ou de B. MICHAUX, S. HERMOYE et F. LEJEUNE, «2017: Retour critique sur les régimes de limitation de responsabilité prévus par la Directive e-Commerce», *op. cit.*, pp. 80 et s.

⁷⁰ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, § 121.

⁷¹ C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, § 122.

⁷² C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, § 122.

vérifications. Lancôme n'établit pas qu'eBay aurait fait preuve d'un manque de diligence dans le traitement de ses interpellations avant de retirer des annonces litigieuses»⁷³.

La position du prestataire d'hébergement est assurément inconfortable, entre la victime des contenus illicites, qui menace d'engager sa responsabilité si ceux-ci ne sont pas supprimés ou leur accès bloqué, et l'auteur desdits contenus, que l'intermédiaire s'est contractuellement engagé à héberger et qui pourrait se plaindre que ceux-ci ont été supprimés ou leur accès bloqué sans fondement. On observe d'ailleurs que si, pour certains contenus, le caractère illicite est évident (images pédopornographiques, violations massives des droits d'auteur, apologie du terrorisme, etc.), pour d'autres, des discussions sont permises (atteinte à l'honneur ou à la réputation, violation du droit à l'image ou de la vie privée, etc.). L'hébergeur peut ainsi être amené à jouer un rôle de juge, en décidant du caractère illicite, ou pas, de l'information ou du contenu litigieux, et en prenant les mesures qui s'imposent. À tout le moins, il est recommandé à celui-ci de se prémunir contractuellement vis-à-vis des internautes dont il héberge les contenus, en prévoyant dans les conditions contractuelles applicables qu'il peut être amené à supprimer certains contenus illicites et en limitant sa responsabilité dans ce cadre.

Les autorités européennes ont pris la mesure des difficultés posées, notamment, par cette disposition, et des enjeux qu'elle peut représenter pour la société dans son ensemble. Une Recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne⁷⁴ a ainsi été adoptée (même si on regrette le caractère peu contraignant de l'instrument). Elle promeut notamment la mise en place de mécanismes de notification. Comme elle l'indique, «ces mécanismes devraient permettre et encourager la transmission de notifications suffisamment précises et correctement étayées pour que le prestataire de services d'hébergement concerné soit à même de prendre une décision rapide et en connaissance de cause sur le contenu auquel se rapporte la notification et qu'il puisse notamment se prononcer sur les questions de savoir si ledit contenu doit être jugé illicite ou non et s'il convient de le retirer ou d'en rendre l'accès impossible. Ces mécanismes devraient être conçus de manière à faciliter l'envoi de notifications qui contiennent une explication des raisons pour lesquelles le notifiant considère le contenu comme illicite et une indication claire de l'emplacement du contenu en question»⁷⁵. Le cas échéant, le fournisseur du contenu litigieux devrait être informé de la décision de retrait ou de suppression, avec la possibilité de contester la décision⁷⁶. Le tout en se prémunissant des comportements

⁷³ Comm. Bruxelles, 31 juillet 2008, *R.D.T.J.*, 2008/33, p. 521, note E. MONTERO.

⁷⁴ Recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, COM (2018) 1177 final, 1^{er} mars 2018.

⁷⁵ Pt 6 de la Recommandation.

⁷⁶ Pts 9 et s. de la Recommandation.

abusifs⁷⁷. La transparence est également encouragée⁷⁸, de même que la mise en place, par le prestataire, de mesures proactives⁷⁹ et de mesures de sauvegarde⁸⁰. La Recommandation promet aussi la coopération entre prestataires d'hébergement et entre ceux-ci et les autorités publiques des États membres ainsi que les signaleurs de confiance⁸¹. Des recommandations spécifiques sont enfin faites pour les contenus à caractère terroriste.

Section 3

Absence d'obligation générale de surveillance et injonctions à l'égard des prestataires intermédiaires

Sous-section 1

Obligations générales ou particulières de surveillance

19. Absence d'obligation «générale» de surveillance. Conformément à l'article XII.20, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code de droit économique, «pour la fourniture des services visés aux articles XII.17, XII.18 et XII.19, les prestataires n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites».

S'agissant de prestataires «intermédiaires», dont les activités les conduisent à transmettre ou stocker un volume considérable de données, il était heureux que ce principe soit consacré par la loi. Outre qu'on peut douter de l'efficacité de tels contrôles systématiques, et de leur mise en œuvre à des coûts raisonnables, on prenait le risque de voir le prestataire procéder à des actes de censure préventive, pour éviter de voir sa responsabilité engagée.

On verra du reste que le principe est équilibré par l'instauration d'une possible obligation «particulière de surveillance», et par une obligation de collaboration avec les autorités administratives et judiciaires compétentes.

Rien n'empêche que, dans le respect des règles de protection de la vie privée et du secret des affaires, les prestataires procèdent d'initiative à des contrôles. Des outils peuvent également être mis à la disposition de leurs utilisateurs pour

⁷⁷ Pt 21 de la Recommandation.

⁷⁸ Pts 16-17 de la Recommandation.

⁷⁹ Pt 18 de la Recommandation.

⁸⁰ Il s'agit notamment de «garantir que les prestataires de services d'hébergement agissent avec diligence et de manière proportionnée pour ce qui est des contenus stockés par leurs soins, notamment lorsqu'il s'agit de traiter des notifications et contre-notifications et de décider du retrait éventuel de contenus considérés comme illicites ou du blocage éventuel de l'accès à ces derniers» (pt 19 de la Recommandation).

⁸¹ On vise «une personne ou une entité considérée par un prestataire de services d'hébergement comme disposant d'une expertise et de responsabilités particulières aux fins de lutter contre les contenus illicites en ligne» (pt 4, g), de la Recommandation.

signaler des contenus illicites et permettre ainsi au prestataire de prendre les mesures qui s'imposent. On relève cependant qu'en procédant de la sorte, certains prestataires prennent le risque de perdre le bénéfice de l'exonération de responsabilité : pour les activités de stockage sous forme de cache et d'hébergement, la connaissance de l'information illicite peut priver les prestataires de l'exonération s'ils ne prennent pas les mesures qui s'imposent pour retirer promptement l'information en la supprimant ou en en rendant l'accès impossible. De même, ils doivent collaborer avec les autorités judiciaires ou administratives compétentes pour les informer sans délai de ces actes illicites (*infra*, n° 23).

Comme on le verra (*infra*, n° 22), c'est principalement en réponse aux demandes de mesures de blocage ou de filtrage de contenus litigieux (notamment pour violation des droits de propriété intellectuelle de tiers), que l'absence d'obligation générale de surveillance est invoquée. Encore faut-il que la mesure en question puisse donner lieu à une telle surveillance. La Cour de cassation a ainsi jugé, par arrêt du 22 octobre 2013, que «l'ordre adressé à un fournisseur d'accès à Internet de bloquer, par tous les moyens techniques possibles, l'accès au contenu hébergé par un serveur associé à un nom de domaine principal déterminé en bloquant à tout le moins tous les noms de domaine qui renvoient à ce serveur associé au nom de domaine principal déterminé, avec de surcroît la spécification du procédé technique qui doit être utilisé, n'implique pas l'obligation de surveillance» au sens des dispositions précitées⁸². En l'occurrence, il était demandé de bloquer l'accès au contenu du nom de domaine thepiratebay.org, ainsi que tous les noms de domaines renvoyant au serveur. Les FAI ne devaient du reste effectuer aucune recherche puisque ces noms de domaines leur étaient communiqués par la FCCU, qui se chargeait de les identifier et de les lister.

20. Obligation «particulière» de surveillance. L'absence d'obligation générale de surveillance est notamment compensée par l'instauration d'une obligation particulière de surveillance. L'article XII.20, § 1^{er}, alinéa 2, énonce en effet que «le principe énoncé à l'alinéa 1^{er} ne vaut que pour les obligations à caractère général. Il n'empêche pas les autorités judiciaires compétentes d'imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi». Cette obligation peut par exemple se fonder sur les articles 39*bis* et suivants (compétences du procureur du Roi) ou 88*bis* et suivants (compétences du juge d'instruction) du Code d'instruction criminelle.

Deux éléments limitent clairement l'obligation susceptible d'être imposée à l'intermédiaire : son caractère temporaire et le cas spécifique dans lequel elle est imposée.

⁸² Cass., 22 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2005, *T. Strafr.*, 2014, liv. 2, p. 126, note R. SCHOEFS, *R.D.T.I.*, 2014/55, p. 61, note P. MONVILLE et M. GIACOMETTI.

Il s'agira par exemple de surveiller l'activité d'un participant à un forum de discussion ou un réseau social, voire un site Web spécifique, à travers lequel on soupçonnerait la commission d'actes illicites.

Sous-section 2

Injonctions

21. Injonctions susceptibles d'être prononcées à l'égard du prestataire. Suivant le considérant n° 45 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, « les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible ».

En pratique, il n'est en effet pas rare que la victime d'actes illicites décide d'opter pour une action en cessation (dans le cadre d'une procédure comme en référé)⁸³, visant à mettre fin à la pratique, plutôt que d'engager une procédure au fond traditionnelle dans le but d'engager la responsabilité du prestataire intermédiaire, et obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. En droit belge, devant le juge des cessations, il ne saurait être question de postuler la réparation du préjudice : le président du tribunal de commerce (ou du tribunal de première instance, le cas échéant) peut uniquement ordonner la cessation de la pratique. Aussi le régime d'exonération de responsabilité, exposé à la section 2 de la présente contribution, ne sera-t-il pas mobilisé.

La pratique litigieuse donnant généralement lieu à la violation des droits de propriété intellectuelle d'un tiers, les dispositions applicables en la matière seront par ailleurs invoquées⁸⁴. Il s'agit plus précisément des règles du livre XI du Code de droit économique ou, devant la Cour de justice, des directives 2001/29/CE⁸⁵ et 2004/48/CE⁸⁶. D'un point de vue procédural, on rappelle les termes de l'article XVII.14, § 4, du Code de droit économique, applicable aux actions en cessation en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, qui autorise le président du tribunal de commerce à « rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services

⁸³ Art. XVII.1 et s. du C.D.E.

⁸⁴ Nous renvoyons à cet égard à la contribution d'Alexandre Cruquenaire et Élodie Lecroart dans le présent ouvrage.

⁸⁵ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O., L 67 du 22 juin 2001.

⁸⁶ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, J.O., L 157 du 30 avril 2004.

sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit visé aux paragraphes 1 à 3 »⁸⁷.

Dans ce contexte, les juridictions saisies ont eu l'occasion d'apprécier la conformité des mesures demandées – en général des mesures de filtrage ou de blocage des contenus – à l'aune de l'absence d'obligation générale de surveillance⁸⁸, tout en veillant à assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux en jeu. Il s'agira généralement des droits de propriété intellectuelle des ayants droit⁸⁹, à mettre en balance avec la liberté d'entreprise du prestataire intermédiaire⁹⁰, la liberté d'information de ses clients⁹¹ ainsi que, le cas échéant, leur droit à la vie privée⁹².

22. Principaux enseignements de la jurisprudence rendue dans le domaine des injonctions. La conformité des injonctions adressées aux prestataires intermédiaires a fait l'objet de plusieurs affaires portées devant les juridictions (belges, notamment), à l'occasion desquelles des questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice de l'Union européenne.

C'est notamment le cas dans l'affaire *Scarlet*, initiée en 2004 devant le Tribunal de première instance de Bruxelles. Elle opposait la SABAM à Tiscali, devenu Scarlet, un fournisseur d'accès à l'Internet (FAI). La SABAM se plaint en effet des atteintes au droit d'auteur commises par les clients du FAI, qui s'échangent des fichiers musicaux à travers les réseaux *peer-to-peer*, sans autorisation et sans paiement des droits correspondants. La SABAM considère que le FAI est le mieux placé pour faire cesser cette pratique.

Plusieurs questions préjudicielles sont posées par la Cour d'appel de Bruxelles par décision du 28 janvier 2010. Comme le résume la Cour de justice, « la juridiction de renvoi demande, en substance, si les directives 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 et 2002/58, lues ensemble et interprétées au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une injonction faite à un FAI de mettre en place un système de filtrage

- de toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels *peer-to-peer*;
- qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle;
- à titre préventif;

⁸⁷ Sur la notion d'intermédiaire au sens de cette législation, voy. K. ROCHEREUIL, « La notion d'intermédiaire dans la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle », J.D.E., 2018, pp. 38 et s.

⁸⁸ Art. XII.20, § 1^{er}, al. 1^{er}, C.D.E.

⁸⁹ Art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après, « la Charte »).

⁹⁰ Art. 16 de la Charte.

⁹¹ Art. 11 de la Charte.

⁹² Art. 7-8 de la Charte.

- à ses frais exclusifs ; et
- sans limitation dans le temps,

capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange porte atteinte au droit d'auteur (ci-après le "système de filtrage litigieux")⁹³.

La Cour examine notamment si un tel système pourrait constituer une obligation générale de surveillance, pourtant interdite par l'article 15 de la directive sur le commerce électronique (*cf.* aussi *supra*, n° 19). Elle juge que tel est le cas en l'espèce, dès lors que le système de filtrage litigieux « l'obligerait à procéder à une surveillance active de l'ensemble des données concernant tous ses clients afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle »⁹⁴. Pour apprécier la conformité de l'injonction demandée, la Cour procède ensuite à une mise en balance des droits fondamentaux en présence : elle estime cependant qu'un juste équilibre ne serait pas assuré entre, d'une part, la protection du droit de propriété intellectuelle, invoquée par les ayants droit (et la SABAM), d'autre part, la liberté d'entreprise bénéficiant aux FAI, ainsi que le droit à la protection des données à caractère personnel de leurs clients, ainsi que la liberté de recevoir et de communiquer des informations⁹⁵. Aussi la mesure demandée est-elle jugée incompatible avec la législation applicable. Cet arrêt ne signifie pas que toute injonction portant sur une mesure de filtrage sera nécessairement interdite, en raison de sa non-conformité au droit de l'Union. Eu égard aux caractéristiques de la mesure de filtrage demandée dans cette affaire, sans doute était-il logique que la Cour se prononce comme elle l'a fait⁹⁶.

La Cour de justice a été amenée à répondre à une question similaire, qui concernait l'exploitant d'un réseau social (Netlog), également attiré devant le juge des cessations par la SABAM⁹⁷. Par identité de motifs, et sans réelle surprise, elle a jugé que l'injonction faite au prestataire de mettre en place la mesure de filtrage

⁹³ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA*, C-70/10, § 29.

⁹⁴ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA*, C-70/10, § 40. Voy. aussi C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a. c. eBay*, C-324/09, § 139 (« les mesures exigées de la part du prestataire du service en ligne concerné ne peuvent consister en une surveillance active de l'ensemble des données de chacun de ses clients afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle via le site de ce prestataire. Par ailleurs, une telle obligation de surveillance générale serait incompatible avec l'article 3 de la directive 2004/48, qui énonce que les mesures visées par cette directive doivent être équitables et proportionnées et ne doivent pas être excessivement coûteuses ») et Comm. Bruxelles, 31 juillet 2008, *R.D.T.I.*, 2008/33, p. 521, note E. MONTERO.

⁹⁵ C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA*, C-70/10, §§ 41 et s.

⁹⁶ Sur cet arrêt, voy. par ex. D. GOBERT et J. JOURET, « L'arrêt *Scarlet* contre *Sabam* : la consécration d'un juste équilibre du rôle respectif de chaque acteur dans la lutte contre les échanges illicites d'œuvres protégées sur Internet », *R.D.T.I.*, 2012/46, pp. 33 et s., qui approuvent globalement la décision.

⁹⁷ C.J.U.E., 16 février 2012, *Netlog*, C-360/10.

demandée était contraire aux dispositions des directives 2000/31, 2001/29 et 2004/48, « lues ensemble et interprétées au regard des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables ».

Dans l'affaire *UPC Telekabel*, la Cour précise sa jurisprudence. Le litige opposait deux sociétés de production cinématographiques à un fournisseur d'accès à Internet (UPC). Elles demandaient que le juge saisi (en Autriche) ordonne à ce dernier de bloquer l'accès de ses clients à un site Internet qui proposait de télécharger ou de regarder en *streaming* des films de leur catalogue sans autorisation. La Cour de justice décide d'abord qu'UPC est un intermédiaire au sens de l'article 8, § 3, de la directive 2001/29/CE⁹⁸.

La Cour analyse ensuite la conformité de l'injonction demandée à l'aune du juste équilibre qui doit être assuré entre les droits fondamentaux applicables, et dans le respect du principe de proportionnalité. En l'occurrence, les droits de propriété intellectuelle des ayants droit doivent être mis en balance avec la liberté d'entreprise du prestataire et la liberté d'information des utilisateurs de l'Internet⁹⁹. La Cour décide que si l'injonction restreint la liberté d'entreprise, elle ne porte pas atteinte à la substance même du droit¹⁰⁰. Elle souligne en effet que le choix de la mesure lui revient, ce qui lui permet de l'adapter à ses ressources et aux capacités qui sont les siennes¹⁰¹. Elle ne peut toutefois pas porter atteinte à la liberté des utilisateurs d'accéder aux informations qui se trouvent sur le net, ce qui exige qu'elle soit strictement ciblée. La Cour insiste aussi sur le fait que le droit de propriété intellectuelle n'est pas intangible et que sa protection ne doit pas nécessairement être garantie de façon absolue¹⁰². Autrement dit, les mesures doivent être réalisables, ce qui peut impliquer qu'il n'existe pas forcément de technique permettant de mettre fin aux atteintes. Un équilibre doit donc être trouvé dans le choix des mesures de sorte que, tout en respectant ces conditions, elles soient suffisamment efficaces « pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets à protéger et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit fondamental »¹⁰³. La Cour se livre ainsi à une appréciation du critère de propor-

⁹⁸ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, C-314/12, §§ 23-40.

⁹⁹ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, C-314/12, § 47.

¹⁰⁰ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, C-314/12, §§ 48 et s.

¹⁰¹ La Cour a fait l'objet de critiques à cet égard, les commentateurs jugeant que la définition des mesures de blocages à mettre en place ne devrait pas reposer sur les prestataires intermédiaires mais sur les juges, mieux à même de préserver l'équilibre entre les droits et libertés en présence (V. DELFORGE, D. GOBERT et J.-P. MOINY, « Blocage de site web à contenu illégal : la Cour de justice affine sa jurisprudence », *R.D.T.I.*, 2014/55, p. 49).

¹⁰² C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, C-314/12, §§ 58-61.

¹⁰³ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, C-314/12, § 62.

tionnalité (également utilisé dans la théorie de l'abus de droit, telle que reconnue en droit belge): comme l'a souligné un auteur, «la clé de la solution se trouve donc dans la détermination de la rupture de proportionnalité entre l'avantage retiré dans l'injonction par le titulaire des droits et les désavantages qui en découlent pour les intermédiaires et utilisateurs des services en cause»¹⁰⁴.

Aussi la Cour conclut-elle que «les droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce qu'il soit fait interdiction, au moyen d'une injonction prononcée par un juge, à un fournisseur d'accès à Internet d'accorder à ses clients l'accès à un site Internet mettant en ligne des objets protégés sans l'accord des titulaires de droits, lorsque cette injonction ne précise pas quelles mesures ce fournisseur d'accès doit prendre et que ce dernier peut échapper aux astreintes visant à réprimer la violation de ladite injonction en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables, à condition cependant que, d'une part, les mesures prises ne privent pas inutilement les utilisateurs d'Internet de la possibilité d'accéder de façon licite aux informations disponibles et, d'autre part, que ces mesures aient pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette même injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation du droit de propriété intellectuelle, ce qu'il appartient aux autorités et aux juridictions nationales de vérifier»¹⁰⁵.

Dans l'affaire *Mc Fadden* soumise à la Cour de justice, qui concernait un Wifi public et gratuit mis à la disposition de ses clients par un commerçant (Tobias Mc Fadden) et à travers lequel des téléchargements illégaux avaient été réalisés en violation des droits de propriété intellectuelle de Sony, les mesures susceptibles d'être adoptées par le prestataire intermédiaire sont au nombre de trois: «examiner toutes les informations transmises au moyen d'une connexion Internet, arrêter cette connexion, ou sécuriser celle-ci au moyen d'un mot de passe»¹⁰⁶. La Cour examine successivement leur conformité au droit de l'Union.

La première mesure est rapidement écartée dès lors qu'elle impose une obligation générale de surveillance au prestataire, interdite par l'article 15 de la directive¹⁰⁷. La seconde mesure subit le même sort, dès lors qu'elle constitue une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise du prestataire, ce qui porte atteinte au juste équilibre à préserver entre les droits fondamentaux en présence¹⁰⁸. La mesure consistant à sécuriser la connexion par un mot de passe est par contre

jugée «nécessaire pour assurer une protection effective du droit fondamental à la protection de la propriété intellectuelle»¹⁰⁹.

Section 4

Étendue de l'obligation de collaboration des prestataires intermédiaires

23. Présentation générale de l'obligation de collaboration des prestataires intermédiaires. Comme on l'a vu, les prestataires intermédiaires ne sont soumis à aucune obligation générale de surveillance (*supra*, n° 19).

Pour «contrebalancer» ce principe¹¹⁰, la loi exige des prestataires qu'ils collaborent avec les autorités judiciaires ou administratives compétentes.

Cette obligation de collaboration est prévue à l'article XII.20, § 2, du C.D.E., aux termes duquel :

«Les prestataires visés au § 1^{er} ont l'obligation d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient. Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire.»

Une distinction est ainsi faite entre la collaboration réalisée à l'initiative du prestataire (alinéa 1^{er}) ou à la demande des autorités judiciaires ou administratives compétentes (alinéa 2).

En cas de refus de collaboration conformément à l'article XII.20, § 1^{er}, alinéa 2, ou à l'article XII.20, § 2, du C.D.E., le prestataire est passible d'une sanction de niveau 3 (amende pénale de 26 à 25 000 euros¹¹¹)¹¹².

24. À qui cette obligation de collaboration incombe-t-elle? L'obligation de collaboration repose uniquement sur les prestataires exerçant les activités visées aux articles XII.17, XII.18 et XII.19 du C.D.E. (autrement dit, le simple transport, le stockage sous forme de copie temporaire des données et l'hébergement).

¹⁰⁴ Th. LÉONARD, «Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet: une application délicate», *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁵ C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel*, C-314/12, § 63.

¹⁰⁶ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 85.

¹⁰⁷ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 87.

¹⁰⁸ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, §§ 88-89.

¹⁰⁹ C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden*, C-484/14, § 99. Pour une analyse critique de cet arrêt, spécialement sur la question des injonctions, voy. H. HAQUIDE et S. DEBAENE, «Wi-Fi public ouvert et téléchargement illégal: protection et obligations du fournisseur d'accès», *R.D.T.I.*, 2016/63-64, pp. 140 et s.

¹¹⁰ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2002-2003, n° 2100/001, p. 10.

¹¹¹ Art. XV.70 C.D.E. Le montant doit être augmenté des décimes additionnels.

¹¹² Art. XV.118, 3^e, C.D.E.

Cette obligation de collaboration s'ajoute à celles dont ces prestataires sont également soumis par ailleurs. L'article XII.20, § 2, alinéa 2, du C.D.E., s'applique en effet « sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires ». Il s'agit notamment des règles visant à lutter contre la criminalité informatique. On peut ainsi citer l'article 46bis du Code d'instruction criminelle, qui permet au procureur du Roi de requérir « de l'opérateur d'un réseau de communications électroniques, et de toute personne qui met à disposition ou offre, sur le territoire belge, d'une quelconque manière, un service qui consiste à transmettre des signaux via des réseaux de communications électroniques ou à autoriser des utilisateurs à obtenir, recevoir ou diffuser des informations via un réseau de communications électroniques », qu'il lui communique les données d'identification des utilisateurs de leurs services¹¹³.

25. Quelles sont les informations susceptibles d'être communiquées? Les informations que les prestataires sont susceptibles de communiquer aux autorités compétentes sont celles *dont ils disposent* et qui sont *utiles* « à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ».

Les termes de cette disposition ont été modifiés en 2005¹¹⁴ : auparavant, la loi faisait seulement référence aux données d'identification. Celles-ci sont assurément utiles : sur le net, et notamment sur les forums de discussion, les internautes ne révèlent généralement pas publiquement leur identité et utilisent un pseudonyme, des initiales, voire une fausse identité. Pour être en mesure de poursuivre les auteurs d'actes illicites, il importait donc que le prestataire transmette les informations en sa possession et permettant d'atteindre cet objectif (adresse IP, fichiers *logs*, adresse de courrier électronique, numéro de téléphone, etc.).

D'autres données que les informations d'identification sont également nécessaires pour garantir l'efficacité des recours ou poursuites subséquents. On songe au détail des opérations réalisées par l'auteur de l'acte ou aux informations relatives à d'autres personnes que les destinataires des services¹¹⁵.

¹¹³ Sur cette disposition (en particulier son champ d'application *ratione personae*), voy. Cass., 18 janvier 2011, R.D.T.I., 2011/44, p. 113 et la note de L. KERZMANN, « L'affaire Yahoo! ou à qui s'adresse l'obligation de collaboration instaurée par l'article 46bis du Code d'instruction criminelle? ».

¹¹⁴ Elle a été modifiée par l'article 59 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses (M.B., 29 juillet 2005). À l'origine, l'article 21, § 2, alinéa 2, était rédigé comme suit : « sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement. »

¹¹⁵ À ce sujet, voy. l'exposé des motifs de la loi : « de nombreuses transactions sont effectuées par des vendeurs usant d'un pseudonyme, d'une fausse identité, via des sites uniquement accessibles à ses membres, via des sites de ventes aux enchères électroniques, via sms, via numéros de téléphone surtaxés... La vérification de la légalité ou non du service nécessite la connaissance du déroulement de la transaction dans sa globalité (informations préalables à la transaction, date de la transaction, identification du produit ou du service vendu, prix, adresses IP et physique du vendeur...), ainsi que des informations détenues par le

26. Qui peut obtenir les données? Les informations utiles à la recherche et à la constatation des infractions sont communiquées « à la demande » des autorités judiciaires ou administratives compétentes.

La question se pose de savoir si lesdites informations doivent être réservées aux autorités judiciaires compétentes qui les ont demandées ou si elles peuvent être communiquées à toute personne intéressée par celles-ci, soit directement en exécution d'une injonction faite au prestataire de procéder de la sorte, soit indirectement, les informations étant retransmises par l'autorité judiciaire.

Par arrêt du 16 juin 2011, la Cour de cassation, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Liège¹¹⁶, s'est clairement prononcée en faveur de la première solution : la personne victime des propos litigieux ne possède pas de droit subjectif à obtenir du prestataire qu'il lui communique, sur ordre d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les informations relatives à l'auteur de l'infraction, en vue d'introduire contre celui-ci une action civile en réparation.

Nous croyons effectivement qu'en tant que tel, le second alinéa de l'article XII.20, § 2, du C.D.E., n'octroie pas à toute personne s'estimant par exemple victime de propos calomnieux ou diffamatoires le droit subjectif d'obtenir des autorités compétentes les informations lui permettant de poursuivre civilement les auteurs de ceux-ci¹¹⁷.

Plusieurs arguments plaident en faveur de cette interprétation de l'article précité.

L'expression « à leur demande » permet d'inférer que, si les autorités compétentes sont à l'initiative de la transmission des informations, elles en sont également les bénéficiaires exclusifs. En outre, conformément au régime établi par la loi, cette atteinte n'est permise que dans la mesure où la communication des informations est utile à la recherche et à la constatation des infractions. Elle doit donc permettre aux autorités judiciaires ou aux autorités administratives (la Direction Générale Contrôle et Médiation du SPF Économie, par exemple) de poursuivre et, le cas échéant, sanctionner les auteurs de ces infractions. La mesure ne poursuit donc pas un objectif indemnitaire, au bénéfice de la victime de cette infraction ou de tout autre acte illicite (qui ne constituerait pas nécessairement une infraction).

Il faut également avoir égard aux droits respectifs des parties impliquées, dont il convient d'assurer l'équilibre. Si les victimes des propos litigieux peuvent

prestataire concernant d'autres personnes que les destinataires de leurs services. » (Doc. parl., Chambre, 2004-2005, n° 1845/001, p. 46).

¹¹⁶ En faveur de cette solution, voy. J. FELD, « Forums de discussion : espaces de liberté sous haute responsabilité », note sous Liège, 22 octobre 2009, R.D.T.I., 2010/38, p. 114.

¹¹⁷ Toute autre est la question de savoir si, de *lege ferenda*, moyennant un amendement à cette disposition, ce droit devrait leur être octroyé.

effectivement se prévaloir du droit à l'honneur et à la réputation, ainsi que du droit à une protection juridictionnelle effective, ceux-ci doivent être mis en balance avec le droit à la protection de la vie privée des auteurs desdits propos, consacré par la Constitution et de nombreux autres textes nationaux et internationaux. En particulier, il échet d'observer le Règlement général de protection des données : lorsque les informations peuvent être vues comme des données à caractère personnel, concernant une personne physique identifiée ou identifiable, l'accès à celles-ci et leur communication constituera un traitement, soumis aux exigences de la loi (en termes de légalité, de légitimité et de proportionnalité). Toute atteinte à la vie privée de auteurs des propos litigieux doit donc être vue comme une exception au principe de protection, tel qu'établi par les textes précités, ce qui, par conséquent, commande une interprétation stricte de la disposition.

Aussi était-il logique que, sur le fondement de l'article XII.20, § 2, alinéa 2, du C.D.E., les informations ne puissent pas être communiquées à la victime des propos litigieux en vue d'introduire une action en réparation.

Il n'en reste pas moins qu'une telle interprétation ne permet pas à la victime des propos litigieux d'exercer efficacement son droit à un recours juridictionnel effectif, en vue d'obtenir une réparation civile de son préjudice.

On doit ainsi se demander si, *de lege ferenda*, il serait opportun d'introduire une disposition légale octroyant un tel droit subjectif aux victimes de ces propos.

On peut en effet trouver choquant que d'aucuns profitent de cet anonymat relatif et tiennent des propos diffamatoires ou calomnieux sans risque de voir leur responsabilité civile engagée.

Pour analyser une telle mesure, on peut par exemple avoir égard à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, en particulier l'arrêt *Promusicae*¹¹⁸, qui traite de l'équilibre à trouver entre le droit à la protection de la vie privée et la protection effective des droits d'auteur (s'agissant d'identifier les auteurs des violations à ceux-ci en vue de les poursuivre civilement).

Une disposition octroyant ce droit subjectif constituerait une limitation au droit à la protection de la vie privée dont jouit l'auteur des propos. Conformément à

¹¹⁸ C.J.C.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06. Voir aussi C.J.C.E., ordonnance du 19 février 2009, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH*, C-577/07 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio AB*, C-461/10. À ce propos, voy. S. DUSOLLIER, « Responsabilités des intermédiaires de l'Internet : un équilibre compromis ? », *R.D.T.L.*, 2007/29, pp. 269 et s. ; F. COUDERT et E. WERKERS, « La protection des droits d'auteur face aux réseaux *peer-to-peer* : la levée du secret des communications est-elle justifiée ? », note sous C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, *R.D.T.L.*, 2008/30, pp. 76 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du conflit entre l'accès à l'information nécessaire à l'action en contrefaçon et le droit au respect de la vie privée », *A.M.*, 2008/4, pp. 264 et s. ; O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2010, p. 126.

l'article 15 (1) de la directive vie privée et communications électroniques¹¹⁹, une telle atteinte peut être introduite par le biais d'une disposition légale si cette limitation « constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale – c'est-à-dire la sûreté de l'État –, la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques, comme le prévoit l'article 13, § 1, de la directive 95/46/CE ». Cette dernière disposition fait également référence à la protection des droits et libertés d'autrui. Aussi faut-il en déduire que la volonté du législateur européen n'a pas été d'exclure du champ d'application de l'article 15 les situations dans lesquelles les victimes cherchent à obtenir la protection de leurs droits dans le cadre d'une procédure civile¹²⁰. En conséquence, comme l'a affirmé la Cour de justice dans l'affaire *Promusicae*, « la directive 2002/58 n'exclut pas la possibilité, pour les États membres, de prévoir l'obligation de divulguer, dans le cadre d'une procédure civile, des données à caractère personnel »¹²¹. La Cour ajoute cependant que l'article 15 (1) de la directive vie privée et communications électroniques « ne peut pas être interprété comme contraignant, dans les situations qu'il énumère, les États membres à prévoir une telle obligation »¹²².

Un équilibre doit être trouvé entre les droits fondamentaux en présence : le droit à la protection de la vie privée, dans le chef de l'auteur des propos litigieux, le droit à une protection juridictionnelle effective ainsi que le droit à l'honneur et à la réputation, dans le chef de la victime¹²³.

Nous sommes d'avis que cet équilibre peut être préservé si la communication des informations permettant d'agir civilement contre l'auteur de propos litigieux est autorisée et réalisée moyennant l'intervention d'une autorité judiciaire compétente. Concrètement, l'article XII.20, § 2, alinéa 2, du C.D.E., pourrait être rédigé comme suit (nous soulignons l'amendement) : « sans préju-

¹¹⁹ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (ci-après, « directive vie privée et communications électroniques »), *J.O.*, L 201 du 31 juillet 2002.

¹²⁰ En ce sens, voy. C.J.C.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, pt 53.

¹²¹ C.J.C.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, pt 54 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio AB*, C-461/10, pt 55.

¹²² C.J.C.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, *Promusicae*, C-275/06, pt 55 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio AB*, C-461/10, pt 55.

¹²³ À ce propos, on aura égard au point 68 de l'arrêt *Promusicae*, suivant lequel « il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité » (voir aussi C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio AB*, C-461/10, pt 56).

dice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire. *Indépendamment de poursuites pénales ou administratives, les autorités judiciaires compétentes peuvent également ordonner aux prestataires de communiquer les mêmes informations aux personnes victimes de ces infractions s'il existe des indices sérieux démontrant que les éléments constitutifs de ces infractions sont réunis et pour autant que les droits de la victime ne peuvent pas être préservés par la mise en œuvre de mesures moins attentatoires à la vie privée de l'auteur de l'acte*¹²⁴.

Des garanties sont ainsi apportées quant à la protection de la vie privée puisque les autorités compétentes devront apprécier si, dans le cas d'espèce qui leur est soumis, elles jugent nécessaire de faire prévaloir les droits de la victime – en particulier le droit à un recours effectif et le droit à l'honneur et à la réputation et si cette limitation à la protection de la vie privée est proportionnée aux objectifs poursuivis.

Conclusion

27. Qui doit supporter le risque ? Le régime d'exonération de responsabilité civile et pénale des articles XII.17 à XII.19 du Code de droit économique est en faveur des prestataires intermédiaires dans la mesure où, dès lors que les conditions d'application sont réunies, ils peuvent en bénéficier pour les activités concernées. Dans ce cas, le risque repose sur les victimes des actes illicites : elles perdent en effet la possibilité d'agir contre un débiteur identifié et généralement solvable pour obtenir la réparation du préjudice subi.

Normalement, ce risque est moindre lorsque le régime d'exonération de responsabilité ne peut pas être invoqué : la victime peut en effet s'adresser aux prestataires intermédiaires et obtenir la réparation de leur préjudice, pour autant que les exigences propres aux régimes de responsabilité civile ou pénale sont satisfaites.

¹²⁴ Comp. C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio AB*, C-461/10, pts 58 et s., où la Cour a jugé que l'équilibre entre les droits était en principe préservé lorsque « la législation nationale en question exige, notamment, que pour qu'une injonction de communiquer les données en cause puisse être ordonnée, des indices réels d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur une œuvre existent, que les informations demandées soient susceptibles de faciliter l'enquête sur la violation du droit d'auteur ou l'atteinte à un tel droit et que les raisons motivant cette injonction soient d'un intérêt supérieur aux inconvénients ou aux autres préjudices qu'elle peut entraîner pour son destinataire ou à tout intérêt qui s'y oppose ». Cette législation permet en effet « à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence ».

Cette allocation du risque était justifiée pour les activités visées en 2000 lors de l'adoption de la directive sur le commerce électronique, où le prestataire était effectivement un intermédiaire neutre et passif. Sans doute est-elle plus discutable depuis le Web 2.0, et à mesure que certains services – réseaux sociaux, partages de contenus, plates-formes de commerce électroniques, etc. – gagnent en importance, notamment sur le plan économique. C'est probablement pour cette raison qu'en jurisprudence, les principales discussions ont lieu sur le terrain de l'application, ou pas, des régimes concernés. L'exclusion fondée sur le concept de service de la société de l'information nous paraît contestable, en ce qu'elle implique que le régime protecteur de la directive 2000/31/CE et de la loi belge de transposition est globalement écarté. Le critère de l'« intermédiaire », et de la neutralité, est préférable, même s'il manque sans doute de clarté et fait donc peser une insécurité juridique sur le prestataire. On espère cependant que la jurisprudence permettra de le clarifier progressivement, en l'appliquant aux cas d'espèce les plus souvent rencontrés.

C'est également aux cours et tribunaux qu'il incombe de faire preuve d'équité en répondant aux demandes d'injonctions, spécialement pour imposer des mesures de blocage ou de filtrage. Le critère de proportionnalité est à cet égard capital.

28. Et le législateur ? Une intervention législative est souhaitable pour clarifier le régime d'exonération de responsabilité, préciser les obligations qui s'imposent aux prestataires intermédiaires, organiser une procédure de notification (et de contre-notification), et encourager la collaboration entre les acteurs. Devant les défis posés par certaines formes de criminalité qui utilisent le Web comme instrument privilégié (terrorisme, pédopornographie ou violation des droits de propriété intellectuelle), il faut impliquer davantage les prestataires intermédiaires, en s'assurant qu'ils sont suffisamment proactifs et réactifs en cas de contenus illicites.

En ce sens, les Recommandations de la Commission européenne du 1^{er} mars 2018 constituent un premier pas dans la bonne direction. On espère que les démarches se poursuivront, vers un instrument plus contraignant, adapté aux diverses formes de criminalité rencontrées.